



Mitwirkend: Die Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Dr. Heinrich Andreas Müller, die Handelsrichter Peter Leutenegger, Ulrich Ritter und Peter Schweizer sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

Urteil vom 23. Oktober 2013

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Feststellung**

1. Sachverhalt.....	3
2. Prozessverlauf	5
3. Ausstandsbegehren der Klägerin gegen Handelsrichter C._____	7
4. Prozessuales	8
5. Feststellungsinteresse	11
6. Die Feststellungsklage der Klägerin (Hauptklage Ziff. 1): Das Eigentum am Fahrzeug	12
7. Rechtsbegehren Ziff. 3 der Hauptklage	26
8. Kosten- und Entschädigungsfolgen	27

Rechtsbegehren der Klägerin und Widerbeklagten (act. 1 S. 2):

1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin unbeschwerte Eigentümerin des Fahrzeuges B._____ [Marke] ..., Stationswagen, grau, Stammnummer ..., 1. Inverkehrsetzung 6.01.2011 (Faktura Datum 9.9.2010), ist.
2. Die Motorfahrzeugkontrolle Vaduz, Fürstentum Liechtenstein, sei anzuweisen, den Fahrzeugausweis für das oben erwähnte Fahrzeug, ohne Vermerk "Halterwechsel verboten" (Code 178) an die Klägerin herauszugeben.
3. Die Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin Schadenersatz für Standschaden sowie Wertverlust des Fahrzeuges usw. im Betrage von mindestens Fr. 10'000.00 zu bezahlen.
Berichtigungsvorbehalt: Der Schaden ist nach Abschluss des Beweisverfahrens im Sinne von Art. 85 ZPO zu berichtigen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten (act. 11 S. 2):

1. Das klägerische Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass die Klägerin unbeschwerte Eigentümerin des Fahrzeuges B._____ ..., Stationswagen grau, Stammnummer ..., 1. Inverkehrsetzung

6. Januar.2011 (Faktura Datum 9. September 2010) sei, sei abzuweisen.

2. Auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 2, die Motorfahrzeugkontrolle Vaduz, Fürstentum Liechtenstein, sei anzuweisen, den Fahrzeugausweis für das oben erwähnte Fahrzeug, ohne Vermerk "Halterwechsel verboten" (Code 178) an die Klägerin herauszugeben, sei nicht einzutreten.
3. Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 3, die Beklagte sei zu verpflichten, der Beklagten [recte: Klägerin] Schadenersatz für Standschäden sowie Wertverlust des Fahrzeuges usw. im Betrage von mindestens Fr. 10'000.00 zu bezahlen, sei vollumfänglich abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Widerklage:

Es sei festzustellen, dass die Beklagte unbeschwerte Eigentümerin des Fahrzeuges B. _____ ..., Stationswagen grau, Stationswagen, grau, Stammmummer ..., 1. Inverkehrsetzung 6. Januar 2011 (Faktura Datum 9. September 2010) ist;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

1. Sachverhalt

1.1. Die Klägerin ist eine am tt. Mai 1991 in das Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 500'000.00. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie den "Kauf und Verkauf von Motorfahrzeugen und alle damit zusammenhängenden Geschäfte". Sie ist eine im Raume Zürich bekannte und seit Jahrzehnten tätige Occasionshändlerin mit einem grossen Angebot von Fahrzeugen (vgl. www.A._____.ch).

1.2. Die Beklagte ist in E. _____ domiziliert und seit 1977 im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt den Import von Automobilen und Motorrädern, namentlich der Marke B. _____. Überdies verfolgt sie auch den Zweck, für die Finanzierung von Geschäften zu sorgen, die mit dem von ihr betriebenen Autohandel zusammenhängen.

1.3. Der ungarische Staatsangehörige F._____ betreibt das am 5. November 1985 eingetragene Einzelunternehmen "... Automobile, F._____", das seit dem Jahre 1992 den "An- und Verkauf sowie Vermittlung von Automobilen" bezweckt.

1.4. Mit "Einkaufvertrag" vom 9. August 2011 (act. 3/1) kaufte die Klägerin von "... Automobile" bzw. von F._____ das Fahrzeug B._____ ... zum Preis von CHF 48'000.00. Gemäss Vertrag hatte das Fahrzeug einen Kilometerstand von 11'000 km. Mit dem Vertrag bestätigte der Verkäufer, "dass obiges Fahrzeug sein unbelastetes Eigentum ist und keine Ansprüche von Dritten darauf bestehen". Vorgelegt wurde der Klägerin vom Verkäufer der am 22. Juli 2011 von der Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein für H._____ ausgestellte Fahrzeugausweis. Dieses Exemplar wies keine Hinweise auf ein bestehendes Leasingverhältnis auf; namentlich war der sogenannte "Code 178" nicht im Fahrzeugausweis eingetragen (vgl. act. 3/3).

1.5. "Nach einiger Zeit" (so die Klägerin in act. 1 S. 5) sandte die Klägerin den Original-Fahrzeugausweis an die Motorfahrzeugkontrolle in Vaduz, damit der Ausweis abgestempelt werde und das Fahrzeug auf einen neuen Käufer eingelöst werden konnte. Die Motorfahrzeugkontrolle hielt indessen den Ausweis zurück und liess die Klägerin wissen, dass der Wagen auf H._____ eingelöst worden gewesen sei, und zwar ursprünglich mit dem Code 178 ("Halterwechsel verboten"). Mit einer gefälschten Erklärung der B._____ Leasing (einer Abteilung der Beklagten), wonach das Fahrzeug bezahlt sei, habe H._____ in der Folge die Ausstellung eines neuen Fahrzeugausweises ohne Code 178 bewerkstelligt. Diesen neu erstellten Fahrzeugausweis legte H._____ dem F._____ vor, um das Fahrzeug zu verkaufen; das gleiche Papier gelangte dann zur Klägerin, als F._____ das Fahrzeug der Klägerin weiterverkaufte. In der Folge erstattete die Beklagte Strafanzeige gegen H._____ und gegen F._____ (act. 1 5f.; act. 11 S. 15 und S. 17). Und am 27. Mai 2013 belegte die Klägerin die Organe der Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein mit einer Strafanzeige (act. 61/2). Gemäss dem von der Klägerin im Prozess vorgelegten Privatgutachten der "I._____ GmbH" vom 16. September 2011 (act. 12/3) soll F._____ das Fahrzeug

am 4. August 2011 von H. _____ zum Preis von Fr. 45'000.00 erworben haben (act. 12/3 S. 3 oben).

1.6. Am 23. September 2011 schrieb die Motorfahrzeugkontrolle Vaduz der Klägerin, sie habe von H. _____ den auf Grund einer gefälschten Erklärung der B. _____ Leasing ausgestellten Fahrzeugausweis ohne Code 178 zurückverlangt, ihn indessen in der Folge von der Klägerin eingesandt erhalten (vgl. dazu act. 25/12 mit handschriftlichem Vermerk, der von der Motorfahrzeugkontrolle stammen muss). Diesen Fahrzeugausweis behielt die Motorfahrzeugkontrolle zurück und sandte der Klägerin ein Duplikat eines Fahrzeugausweises mit dem eingetragenen Code 178 zu. Ohne Zustimmung der "B. _____ Leasing" (=Beklagte) könne der Code nicht gelöscht werden. Fragen der Eigentumsverhältnisse zwischen der B. _____ Leasing (d.h. der Beklagten) einerseits und der Klägerin andererseits seien "auf zivilrechtlichem Weg zu klären" (act. 3/6 mit Anhang).

1.7. In der Folge korrespondierte die Klägerin durch ihren Anwalt mit der Beklagten. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2011 teilte die Klägerin der Beklagten ihre Haltung mit, dass sie die rechtmässige Eigentümerin des Fahrzeuges B. _____ ... sei, denn sie habe den Wagen gutgläubig gekauft. Die Beklagte möge veranlassen, dass der Fahrzeugausweis abgestempelt der Klägerin zurückgeschickt werde. Andernfalls erfolge Klage (act. 3/7).

2. Prozessverlauf

2.1. Die vorliegende Klage macht die Klägerin am 18. Januar 2012 anhängig, und zwar nicht gegen die heutige Beklagte sondern gegen die "B1. _____ AG". Die Klageantwort und Widerklagebegründung wurde in der Folge am 18. April 2012 erstattet (act. 11), allerdings nicht von der erwähnten "B1. _____ AG", sondern von der heutigen Beklagten, der "B. _____ AG".

2.2. Am 6. Juni 2012 wurden die Parteien auf den 6. September 2012 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 18/1). Und am 25. Juli 2012 teilte der Instruktionsrichter den Parteien brieflich mit, dass die Klage nicht von der ins

Recht gefassten Handelsgesellschaft, sondern von einer dritten Gesellschaft beantwortet worden sei. Die Anwältin der beklagten "B1. _____ AG" möge sich daher im Hinblick auf die geplante Vergleichsverhandlung von beiden B. _____ - Gesellschaften bevollmächtigen lassen (act. 19). Dieser Anregung kam die beklagtische Anwältin nach (act. 21). Bei den Akten liegen die Vollmachten beider B. _____ -Gesellschaften (act. 10 und 22).

2.3. Am 6. September 2012 fand die Vergleichsverhandlung statt, an der die Parteien keine Einigung in der Sache finden konnten. Indessen gaben die bisherigen Parteien (d.h. die Klägerin und die "B1. _____ AG") sowie die "B. _____ AG" übereinstimmend den folgenden gemeinsamen prozessualen Antrag zu Protokoll (Prot. S. 10 f.):

"Die Klägerin, die Beklagte und die B. _____ AG stellen gemeinsam den Antrag, es sei von einem Parteiwechsel Vormerk zu nehmen, und zwar in dem Sinne, dass die B1. _____ AG aus dem Prozess ausscheide und an ihre Stelle die B. _____ AG trete. Die Beteiligten sind der Auffassung, dass die Klageantwort und Widerklage vom 18. April 2012 namens der B. _____ AG als erstattet gilt."

2.4. Da die Klägerin zunächst die falsche B. _____ -Gesellschaft ("B1. _____ AG") ins Recht gefasst hatte (vgl. act. 1 S. 1), die aber von der "richtigen" B. _____ -Gesellschaft, d.h. der heutigen Beklagten, beantwortet wurde (vgl. act. 11 S. 1), einigten sich die Klägerin und die beiden B. _____ -Gesellschaften auf einen Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO. Mit Verfügung vom 17. September 2012 nahm der Instruktionsrichter von diesem Parteiwechsel in dem Sinne Vormerk, "dass die B1. _____ AG als Beklagte und Widerklägerin aus dem Prozess ausscheidet und an ihre Stelle die B. _____ AG als Beklagte und Widerklägerin in den Prozess eintritt". Das Rubrum des Prozesses wurde entsprechend geändert (act. 28). Gleichentags wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Wie von den Parteien vereinbart, wurde die Klageantwort und Widerklage vom 18. April 2012 als von der neuen Beklagten ("B. _____ AG") erstattet entgegengenommen.

2.5. In der Folge erstatteten die Parteien die folgenden weiteren Rechtsschriften im Sinne von Art. 225 ZPO:

- die Klägerin und Widerbeklagte: Replik und Widerklageantwort vom 20. November 2012 (act. 30);
- die Beklagte und Widerklägerin: Duplik und Widerklagereplik vom 11. März 2013 (act. 56);
- die Klägerin und Widerbeklagte: Widerklageduplik vom 29. Mai 2013 (act. 60; der Beklagten mit Verfügung vom 30. Mai 2013 zugestellt, act. 62).

2.6. Auf gerichtliche Fristansetzung hin erklärte die Klägerin am 15. Juli 2013, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht zu verzichten (act. 64, act. 66). Mit Schreiben vom 3. September 2013 wurden die Parteien auf die prozessualen Rahmenbedingungen der Hauptverhandlung, insbesondere auf die Anforderungen an das Geltendmachen neuer Vorbringen nach eingetretenem Aktenschluss, aufmerksam gemacht (act. 67). Die Hauptverhandlung fand heute im Beisein beider Parteien statt (Prot. S. 26 ff.).

3. Ausstandsbegehren der Klägerin gegen Handelsrichter C.

3.1. Mit ihrer Replik und Widerklageduplik stellte die Klägerin gegen Handelsrichter C._____, der als Referent an der Vergleichsverhandlung vom 6. September 2013 teilgenommen hatte, ein Ausstandsbegehren (act. 30 S. 2-4). In der Folge wurde die Klägerin mit Verfügung vom 26. November 2013 aufgefordert, darzutun, dass das Ausstandsbegehren im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZPO "unverzüglich" gestellt worden sei (act. 35). Darauf machte die Klägerin mit Eingabe vom 7. Dezember 2013 ergänzende Ausführungen (act. 37).

3.2. Am 10. Dezember 2013 setzte der Instruktionsrichter dem als Referent eingesetzten Handelsrichter C._____ Frist an, um zu den Vorbringen der Klägerin Stellung zu nehmen (act. 39). Handelsrichter C._____ äusserte sich mit Eingabe vom 14. Januar 2013 (act. 44). Er verneinte das Vorliegen eines Ausstandsgrundes: Im Jahre 2009 sei er aus der B._____-Vertretung seines Cousins ... K._____ ausgetreten, nachdem er schon 20 Jahre zuvor nicht mehr im operativen Geschäft tätig gewesen sei. Er habe im Jahre 2009 im Rahmen der Nachfolgeregelung die Marken ..., ... usw. übernommen und habe seither keinen Kontakt mehr zu B._____.

3.3. Die Parteien wurden am 17. Januar 2013 aufgefordert, zu den Darlegungen von Handelsrichter C._____ Stellung zu nehmen (act. 46). In der Folge hielt die Klägerin mit Eingabe vom 31. Januar 2013 an ihrem Ausstandsbegehren fest (act. 49), während die Beklagte gleichentags den Antrag stellte, es sei das Ausstandsbegehren abzuweisen (act. 50).

3.4. Mit Verfügung vom 5. Februar 2013 erörterte der Instruktionsrichter den Parteien, dass die Amtszeit von Handelsrichter C._____ Mitte 2013 auslaufen werde und sich C._____ aus Altersgründen einer Wiederwahl nicht mehr stellen werde. Dass der Prozess vor dem Auslaufen der Amtszeit von C._____ beendet werde, könne praktisch ausgeschlossen werden. Das Ausstandsbegehren der Klägerin werde daher nicht behandelt, wenn nicht eine der Parteien dies innert einer zehntägigen Frist verlange (act. 54). Ein solcher Antrag wurde in der Folge aber nicht gestellt, so dass das Ausstandsbegehren nicht behandelt wurde. Alsdann wurde der zweite Schriftenwechsel, wie bereits erwähnt, mit der Widerklageduplik der Klägerin vom 29. Mai 2013 abgeschlossen (act. 60).

3.5. Per 30. Juni 2013 ist C._____, wie mit der Verfügung vom 5. Februar 2013 in Aussicht gestellt, altershalber aus dem Amt geschieden. Das Ausstandsbegehren der Klägerin erweist sich damit als gegenstandslos.

4. Prozessuales

4.1. Die Klägerin verlangt, es sei die "Motorfahrzeugkontrolle Vaduz" anzuweisen, ihr einen Fahrzeugausweis betreffend das streitige Fahrzeug ohne Code 178 herauszugeben. Die Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein ist ein Amt eines andern Staates und kann daher vom Gericht schon deshalb nicht zu einem bestimmten Verhalten angehalten werden. Dazu kommt, dass die Motorfahrzeugkontrolle in Vaduz nicht nach zivilrechtlichen, sondern nach verwaltungsrechtlichen Regeln entscheidet. Selbst wenn der Fahrzeugausweis von einem schweizerischen Strassenverkehrsamt ausgestellt werden müsste, wäre der Antrag unzulässig.

Mangels Rechtsweges ist daher auf den Antrag der Klägerin, wonach die Motorfahrzeugkontrolle in Vaduz im Sinne ihres Rechtsbegehrens Ziff. 2 eine bestimmte Anweisung zu geben sei, nicht einzutreten. Die Klägerin hätte allerdings den Antrag stellen können, dass die Beklagte zu verpflichten sei, der Motorfahrzeugkontrolle in Vaduz im einen oder andern Sinne eine Willenserklärung abzugeben. Das hat sie aber nicht getan.

4.2. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels und der letzten Instruktionsverhandlung besteht grundsätzlich Aktenschluss. Gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel in der Hauptverhandlung nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und entweder erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven). Als ohne Verzug vorgebracht gilt eine Eingabe innert zehn Tagen. Findet die Hauptverhandlung zu einem späteren Zeitpunkt statt, sind die Vorbringen zu diesem Novum verspätet, wenn sie erst anlässlich der Hauptverhandlung vorgetragen werden (ZR 112 Nr. 35 E. III.3. mit weiteren Hinweisen). Auf diese Grundsätze wurden die Parteien auch mit Schreiben des Präsidenten vom 3. September 2013 (act. 67) hingewiesen.

Anlässlich der heutigen Hauptverhandlung liess die Klägerin ihren Standpunkt mündlich begründen und verschiedene Unterlagen zu den Akten reichen (Prot. S. 26 f.; vgl. act. 68 f.). Obwohl sie eingangs der Hauptverhandlung erneut darauf hingewiesen worden war, an welche Voraussetzungen das Einbringen neuer Umstände in den Prozess geknüpft sei, äusserte sie sich im Rahmen ihrer Parteivorträge nicht im Einzelnen dazu, inwiefern es sich bei ihren Äusserungen um neue Vorbringen handle und mit welcher Begründung diese nach eingetretenem Aktenschluss noch in Anwendung von Art. 229 Abs. 1 ZPO rechtsgültig in den Prozess eingebracht werden könnten. Dies gilt auch für die nachträglich offerierten Beweismittel (vgl. act. 68 S. 11 f. sog. "Beweisverzeichnis") und die in diesem Rahmen eingereichten Urkunden (act. 69/1-4). Einzig mit Bezug auf eine Einstellungsverfügung vom 25. Juni 2013 in einem u.a. gegen L._____ geführten Strafverfahren (vgl. act. 69/1) äusserte der

klägerische Rechtsvertreter, er habe diese nicht früher von seiner Klientin vorgelegt erhalten (Prot. S. 29). Da sich eine Partei allerdings nicht auf die ungenügende Instruktion ihres Anwaltes zu berufen vermag (vgl. ZR 67 Nr. 26 lit. b sowie auch BK ZPO-KILLIAS, Art. 229 N. 15), dringt dieses klägerische Argument von vornherein nicht durch. Soweit die Klägerin daher anlässlich der heutigen Hauptverhandlung neue Umstände oder Beweisofferten vorbrachte, ist sie damit nicht zu hören.

Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass selbst die Beachtung der von der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung eingereichten Unterlagen keine für die vorliegende Entscheidbegründung erheblichen Rückschlüsse zulassen würden. Insbesondere vermögen die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht angestellten Erwägungen eines Staatsanwaltes in einer Strafuntersuchung, die den hier in Frage stehenden Sachverhalt nicht betrifft (vgl. act. 69/1), die vorliegende Beurteilung nicht zu beeinflussen. Ebenso kann ein allfällig zur Einführung auf den 18. November 2013 vorgesehener neuer Ablauf der Vereinigung des Strassenverkehrsämter (vgl. act. 69/2) nicht die Berechtigung der Klägerin beschlagen, sich in einem Zeitpunkt im Jahre 2011 auf einen allfällig vorhandenen guten Glauben berufen zu dürfen. Auch ändern die weiteren Unterlagen, mit welchen die Marktkonformität des von der Klägerin für das Fahrzeug bezahlten Preises untermauert werden soll, nichts am klägerischen Vorbringen, der von ihr mit F._____ ausgehandelte Kaufpreis sei, wenn auch marktkonform, "*sicher günstig*" gewesen, wovon im Rahmen der Entscheidbegründung ausgegangen wird (siehe dazu unten Erw. 6.5. und 6.8.1.).

Schliesslich ist zu bemerken, dass den – im Übrigen in keiner Weise substantiierten – Vorbringen der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung zu ihrem Schadenersatzbegehren (vgl. act. 68 Ziff. 18; Prot. S. 28), dessen Bezifferung sie sich ohnehin für den Abschluss des Beweisverfahrens vorbehält (Rechtsbegehren 3 der Klage), allein schon deswegen keine weitere Bedeutung zukommen kann, als der Anspruch auf Schadenersatz infolge des besseren Rechts der Beklagten am Fahrzeug abzuweisen ist (siehe dazu unten Erw. 7.).

5. Feststellungsinteresse

5.1. Die Parteien erheben Feststellungsklagen im Sinne von Art. 88 ZPO, und zwar je mit umgekehrtem Vorzeichen, die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren 1 der Hauptklage und die Beklagte mit ihrem Widerklagebegehren.

Feststellungsklagen sind nur zulässig, wenn die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Feststellung hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Ein solches ist in der Regel dann zu verneinen, wenn die klagende Partei im Sinne von Art. 84 ZPO eine Leistungsklage erheben könnte (Zürcher, in: Sutter-Somm, N. 13 zu Art. 59 ZPO; Bessenich/Bopp, in Sutter-Somm, N. 7 zu Art. 88 ZPO; Gehri, in: Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 59 ZPO; Oberhammer, in Basler Kommentar, N. 17 zu Art. 88 ZPO; Müller, in: DIKE-Kommentar, N. 44 zu Art. 59 ZPO; Füllemann, in DIKE-Kommentar, N. 12 f. zu Art. 88 ZPO; Botschaft zur ZPO, S. 7288).

5.2. Das strittige Fahrzeug ist derzeit im Besitze der Klägerin. Allerdings wird ihr Besitz von der Beklagten angefochten, wie die Rechtsschriften dieses Prozesses belegen. Dazu kommt, dass die Motorfahrzeugkontrolle Vaduz nur dann einen Fahrzeugausweis ausstellen will, der die Verkäuflichkeit bzw. die Übertragbarkeit des Fahrzeuges ermöglicht, wenn die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Parteien geklärt sind. Von der Schadenersatzklage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 abgesehen, steht der Klägerin unter diesen Umständen keine Leistungsklage zur Verfügung, welche das anhängig gemachte Feststellungsbegehren überflüssig werden liesse. Unter diesen Umständen ist ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin bezüglich des Feststellungsbegehrens der Hauptklage zu bejahen.

5.3. Mit der Widerklage erhebt auch die Beklagte ein Feststellungsbegehren. Dieser Klage liegt der Standpunkt der Beklagten zugrunde, dass ihr ein besseres Recht am strittigen Fahrzeug zustehe. Wäre das richtig, dann stünde der Beklagten gegenüber der Klägerin ein Herausgabeanspruch zu, der sich auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, aber auch auf Art. 934 Abs. 1 oder Art. 936 Abs. 1 ZGB stützen liesse. Der Beklagten stünden damit Leistungsklagen im Sinne von Art. 84 ZPO zur Verfügung. Damit geht ihr im Sinne des Gesagten ein Rechtsschutzinteresse an der von ihr erhobenen Widerklage ab. Die Beklagte anerkennt zwar durchaus,

dass die Feststellungsklage gegenüber möglichen Leistungsklagen subsidiär ist (act. 11 S. 36). Wenn sie in der Folge aber darlegt, "dass das Eigentum der Beklagten weder mit einer Leistungs- noch einer Gestaltungsklage, sondern einzig mit einer Feststellungsklage festgestellt werden kann" (act. 11 S. 37), dann irrt sie, wie soeben dargelegt. Da die Beklagte ohne weiteres eine Leistungsklage gegen die Klägerin hätte erheben können, ist auf ihre mit ihrer Widerklage erhobene Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresses nicht einzutreten.

6. Die Feststellungsklage der Klägerin (Hauptklage Ziff. 1): Das Eigentum am Fahrzeug

6.1. Besitzregeln und Eigentum.

Die Klägerin möchte ihr Eigentum am fraglichen Fahrzeug festgestellt wissen und stützt sich dabei auf Art. 933 ZGB (act. 1 S. 11). Die Eigentümerstellung lässt sich grundsätzlich sowohl durch die Besitzrechtsklage im Sinne der Art. 934 ZGB als auch durch die Vindikationsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB durchsetzen (Wiegand, in Basler Kommentar, N. 44 zu Art. 641 ZGB; Ernst, in Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 934 ZGB). Geht es, wie hier, um eine Feststellungsklage, so muss das analog gelten. Erweist sich dabei, dass der Feststellungskläger nach den Besitzregeln als der rechtmässige Besitzer der Sache zu gelten hat, dann wird seine Eigentümerstellung gemäss Art. 930 Abs. 1 ZGB aus Praktikabilitätsgründen vermutet (Ernst, in: Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 930 ZGB). Diese Vermutung kann freilich widerlegt werden. Indessen werden im vorliegenden Verfahren keine derartigen Behauptungen aufgestellt, argumentieren doch beide Parteien mit den Besitzregeln, und geht es ihnen einzig darum, ob die Klägerin am fraglichen Fahrzeug im Sinne von Art. 714 Abs. 2 ZGB gutgläubig Eigentum erworben hat oder nicht. Das entscheidet sich gemäss dieser Vorschrift in der Tat nach den Besitzregeln, d.h. nach den Art. 933 bis Art. 936 ZGB.

6.2. Das Verhältnis H. _____ / Beklagte; Fahrzeugausweis.

6.2.1. Am 21. Juli 2011 schloss die Beklagte als Käuferin mit der Garage "M. _____ AG" einen Kaufvertrag bezüglich des strittigen Fahrzeuges (act. 12/1).

Im Vertrag wurde das Fahrzeug wie folgt beschrieben: B. _____ ..., 1. Inverkehrsetzung 06.01.2011, Kennzeichen ..., km-Stand 8'500. Die Vertragsparteien gingen von einem Bruttokaufpreis von CHF 90'100.00 aus. Abgezogen davon wurde namentlich ein "Preisnachlass" von 18'180.00, so dass sich schliesslich der "Fakturabetrag Händler" nach Berücksichtigung der Mehrwertsteuern auf CHF 73'230.00 belief. Nach weiterer Berücksichtigung der direkt vom Leasingnehmer (H. _____) einzukassierenden Beträge (erste grosse Leasingrate usw.) war von der Beklagten der "M. _____ AG" noch ein Betrag von CHF 60'350.40 zu bezahlen.

6.2.2. Gleichentags schloss die Beklagte mit H. _____ einen Leasingvertrag über das fragliche Fahrzeug (act. 12/5). Ziff. 4.2 der Leasingbedingungen des von H. _____ unterzeichneten Vertrages (act. 12/5) lautet wie folgt:

"Der Leasingnehmer nimmt das Fahrzeug für den Leasinggeber in Besitz. Das Fahrzeug bleibt während der ganzen Vertragsdauer, aber auch nach Ablauf und Auflösung des Vertrages, ausschliesslich Eigentum des Leasinggebers. Der Verkauf des Fahrzeuges ist ausdrücklich untersagt und kann strafrechtlich geahndet werden."

Damit wird ein bei Leasinggeschäften üblicher Vorgang beschrieben: Der Leasingnehmer übernimmt das Fahrzeug direkt vom Garagisten, welcher das Fahrzeug der Leasinggesellschaft verkauft hat. Die Fahrzeugübernahme durch den Leasingnehmer erfolgt vertretungsweise für die Leasinggesellschaft. Dergestalt übernahm H. _____ im Sinne von Art. 923 ZGB für die Beklagte das Fahrzeug, so dass das Eigentum am Fahrzeug auf die Beklagte überging. Die Beklagte wurde damit zur selbständigen und mittelbaren Besitzerin im Sinne von Art. 920 Abs. 2 ZGB. Sie ist daher befugt, die Besitzesregeln anzurufen.

6.2.3. Nach dem Gesagten steht fest, dass das Fahrzeug dem H. _____ seitens der Beklagten "ohne jede Ermächtigung zur Übertragung" im Sinne von Art. 933 ZGB überlassen wurde. Das wird denn auch von der Klägerin nicht in Frage gestellt. Weiter steht fest, dass H. _____ das Fahrzeug am 4. August 2011 dem Autohändler F. _____ verkaufte (act. 1 S. 4 f.). Unbestritten ist auch, dass H. _____ auf Grund gefälschter Dokumente erreichte, dass die Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein am 22. Juli 2011 einen

Fahrzeugausweis ausstellte, ohne den "Code 178", mithin ohne den Code, der einen Halterwechsel und damit praktisch auch die Verkäuflichkeit des Fahrzeuges ausgeschlossen hätte (vgl. act. 25/12; act. 3/3; vgl. dazu act. 1 S. 4 f., act. 11 S. 15 mit Hinweis auf act. 3/6). Dieser Fahrzeugausweis gelangte dann von H. _____ an den Erstkäufer F. _____ und alsdann von diesem an die Klägerin. In der Folge wollte die Klägerin den Halterwechsel zu ihren Gunsten bei den zuständigen Ämtern vornehmen lassen und reichte den von F. _____ erhaltenen Fahrzeugausweis (act. 25/12) bei der Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein ein (act. 1 S. 5). Die Motorfahrzeugkontrolle trug indessen den "Code 178" wieder ein und ist nur dann bereit, den Code zu löschen, wenn die Verhältnisse zwischen den Parteien geklärt sind (act. 3/6).

6.2.4. Die Beklagte legt eine E-Mail der "M. _____ AG" vom Mittwoch, 3. August 2011, vor, mit der die Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentum Liechtenstein im Auftrage der Beklagten darüber informiert wurde, dass die Löschung des "Code 178" "vom Kunden eigenmächtig ausgestellt und gefälscht worden sei (act. 56 S. 11 mit Hinweis auf act. 57/1). Die Klägerin bestreitet diese Darstellung der Beklagten nicht (act. 60). Diese Intervention per E-Mail war mithin der Grund dafür, dass die Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein, den ihr eingereichten Fahrzeugausweis nur noch mit einem "Code 178" herausgeben will.

6.3. Die Voraussetzungen für den rechtmässigen Besitz der Klägerin im Allgemeinen.

6.3.1. Gemäss Art. 714 Abs. 2 ZGB wird derjenige, der eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum übertragen erhält, auch dann, wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt war, Eigentümer der Sache, "sobald er nach den Besitzregeln im Besitze der Sache geschützt ist". Damit wird auf die Vorschriften der Art. 930 ff. ZGB verwiesen. Von Belang ist nun Art. 933 ZGB, nach welcher Bestimmung derjenige, der in gutem Glauben eine Sache zu Eigentum übertragen erhält, in seinem guten Glauben zu schützen ist, wenn die Sache dem Veräusserer "*ohne jede Ermächtigung zur Übertragung*" anvertraut worden war. Umgekehrt kann derjenige, der die Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, vom früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden

(Art. 936 Abs. 1 ZGB). Auch im Rahmen von Art. 933 ZGB wird gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB der gute Glaube vermutet. Demgemäss gilt der Erwerber einer Sache grundsätzlich als gutgläubig, so dass dem früheren Besitzer gegebenenfalls die Beweislast für den bösen Glauben des Erwerbers zukommt. Der Gutgläubensschutz versagt indessen nicht nur bei Bösgläubigkeit, sondern auch dann, wenn der gutgläubige Erwerber den Rechtsmangel nicht kennt, weil er beim Erwerb der Sache jene Aufmerksamkeit vermissen liess, die von ihm nach den Umständen verlangt werden durfte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Wird nicht die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit aufgewendet, zieht dies die gleichen Rechtsfolgen nach sich wie die Bösgläubigkeit. Die Nichtbeachtung der gebotenen Aufmerksamkeit ist allerdings nur von Bedeutung, wenn sie für die fehlende Kenntnis vom Rechtsmangel kausal ist; andernfalls ist sie unbeachtlich. Auch hier obliegt die Beweislast, entsprechend der Vorschrift von Art. 8 ZGB, demjenigen, der die Sache herausverlangt. Dieser hat die Umstände nachzuweisen, aus denen er die mangelnde Aufmerksamkeit ableitet. Rechtsfrage ist hingegen das Mass der gebotenen Aufmerksamkeit und die Frage, inwieweit der Beklagte ihr nachgekommen ist

Der Grad der Aufmerksamkeit, der vom Erwerber verlangt werden darf, richtet sich nach den Umständen. Was dies im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend eine Ermessensfrage (Art. 4 ZGB). In die Abwägung einzubeziehen ist insbesondere eine in der betreffenden Branche herrschende Verkehrsübung, wobei allenfalls übliche Nachlässigkeiten nicht zu einer Herabsetzung der Sorgfaltsanforderungen führen können. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht keine allgemeine Erkundigungspflicht des Erwerbers nach dem Vorliegen der Verfügungsmacht des Veräusserers; nur wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen, müssen die näheren Umstände abgeklärt werden. Höhere Anforderungen sind an jene Geschäftszweige zu stellen, die dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängeln behafteter Sachen in besonderem Masse ausgesetzt sind, wie es beim Handel mit Gebrauchsgütern aller Art der Fall ist. Auch wenn damit keine generelle Erkundigungspflicht statuiert wird, ergibt sich in diesen Fällen eine Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des

Veräusserers nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits, *wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht*. Diese erhöhten Sorgfaltsanforderungen beschränken sich nicht auf den Händler im kaufmännischen Verkehr; entscheidend ist vielmehr die Branchenvertrautheit des Erwerbers (zur Publikation bestimmter Entscheid BGer 5A_372/2012 vom 18. April 2013, E. 3.2.2. mit Hinweisen, namentlich auf BGE 131 III 418, 122 III 1, 113 II 397).

6.3.2. Vorliegend ist von Belang, dass die Klägerin seit Jahrzehnten im Gebrauchtwarenhandel tätig ist. Sie ist daher in höchstem Masse branchenvertraut, und zwar in einem Gewerbe, das nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Hinblick auf den Grad der bei Veräusserungsgeschäften zu legenden Aufmerksamkeit als besonders sensibel zu gelten hat. Den Gebrauchtwarenhändler trifft daher beim Ankauf eines Occasionsfahrzeuges im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Abklärungs- und Erkundigungspflicht nicht nur, wenn ein konkreter Verdacht eines Rechtsmangels besteht, sondern bereits dann, wenn auf Grund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht. Ob solche Umstände bestehen, entscheidet sich im Einzelfall gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit. Ganz besonders hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht ist an die Händler von Occasionsautomobilen der Luxusklasse zu stellen (BGE 113 II 397 E. 2b/c). Das hier interessierende Fahrzeug gehört nicht gerade zur Luxusklasse wie das z.B. bei einem Fahrzeug der Marken Ferrari, Lamborghini oder Bentley der Fall wäre. Indessen ist das hier interessierende Fahrzeug mit ausgesprochen viel Zubehör ausgestattet und wies einen Neuwert von ca. CHF 90'000.00 auf. Es gehört zur oberen Mittelklasse, wie das auch die Klägerin eingesteht (act. 30 S. 6), und stellt damit für manchen Zeitgenossen im Ergebnis dennoch ein eigentliches Luxusobjekt dar, dessen Besitz anzustreben ist.

6.4. Die Beziehungen der Klägerin zu F. _____ als besonderer Umstand?

6.4.1. Die Klägerin ist der Meinung, dass dann, wenn ihr Rechtsvorgänger, F. _____, beim Kauf des Fahrzeuges gutgläubig gewesen sei, dessen Gutgläubigkeit auch auf sie durchschlage. Es komme daher nur auf das

Verhältnis zwischen ihr und F._____ an. Die Vergangenheit sei gleichsam "abgeschnitten" (act. 30 S. 7 f.).

Das ist unrichtig. Guter und böser Glaube wirken absolut. Ist der Erwerber einer Sache bösgläubig, dann kann sie ihm vom rechtmässigen früheren Besitzer jederzeit wieder abgenommen werden (Art. 936 Abs. 1 ZGB). Ob die Klägerin besondere Abklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Kauf des Fahrzeuges traf, denen die Klägerin beim Kauf des Fahrzeuges hätte genügen müssen, beurteilt sich "nach den Umständen" die für die Klägerin am 9. August 2011 erkennbar waren. Keine Rolle spielen kann daher, ob F._____ fünf Tage zuvor, als er das Fahrzeug von H._____ kaufte, gutgläubig war oder nicht. Auch die langjährige von der Klägerin ins Feld geführte Geschäftsbeziehung zu F._____ war nicht dazu geeignet, die Klägerin als professionelle Occasionswagenhändlerin davon zu befreien, beim Ankauf des Fahrzeuges branchengemäss kritisch auf verdächtige Umstände zu schauen, die sie zu Nachforschungen hätte veranlassen müssen. Die vertragliche Zusicherung F._____s, dass das fragliche Fahrzeug sein unbelastetes Eigentum war (vgl. act. 3/1), erlaubte der Klägerin jedenfalls nicht, über verdächtige Umstände hinwegzusehen. Dass die Klägerin in ihrer Klageschrift konsequent das Einzelunternehmen "... Automobile, F._____" als "... Automobile AG" bezeichnet, lässt im Übrigen zumindest Zweifel darüber aufkommen, dass sie die Verhältnisse ihres langjährigen Geschäftspartners so gut kennt, wie sie das im Prozess glauben machen will.

6.4.2. Die Klägerin legt grosses Gewicht darauf, dass F._____ am 4. August 2011 die Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein angerufenen und dort die Auskunft erhalten habe, dass im Fahrzeugausweis kein Code 178 eingetragen sei. Dieser Anruf habe 1 Minute und 36 Sekunden gedauert (act. 30 S. 15-17). Sie beruft sich für diese von der Beklagten bestrittene Behauptung auf F._____ als Zeugen (act. 1 S. 4 f.; act. 11 S. 10 Rz 8).

Der Beweis braucht nicht abgenommen zu werden: Die Klägerin legt nämlich dar, dass sie vom fraglichen Telefonat erst "*nachträglich*" erfahren habe, als der Kaufvertrag bereits abgewickelt war und sie über das Fahrzeug längst

verfügte. Anlass zu Erkundigungen bei F._____ bildete für die Klägerin nämlich der Umstand, dass sie den der Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein eingesandten Fahrzeugausweis nicht mehr, wie erwartet, zurückerhielt. Erst das führte bei der Klägerin zu Nachforschungen (act. 1 S. 4). Ein Umstand, der dem Besitzer im Zeitpunkt der Übertragung der Sache nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein konnte, kann für die Frage seines guten oder bösen Glaubens keine Rolle spielen. Ganz abgesehen davon, räumt die Klägerin selber ein, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass dem F._____ seinerzeit seitens der Motorfahrzeugkontrolle im Sinne eines Missverständnisses bzw. "einer Falschauskunft bestätigt worden ist, dass der Fahrzeugausweis keine Eintragung des Codes 178 enthalte" (act. 30 S. 19). Hätte sich mithin die Klägerin am 9. August 2011 vor der Übernahme des Fahrzeuges von F._____ bei der Motorfahrzeugkontrolle in der Weise erkundigt, wie es auch F._____ getan haben soll, dann wäre die Wahrscheinlichkeit für eine Falschauskunft jedenfalls geringer gewesen, denn die Motorfahrzeugkontrolle hatte die Meldung der Beklagten bzw. der "M._____ AG" vom 3. August 2011 (act. 57/1) am 9. August 2011 schon über eine Woche im Hause (vgl. oben E. 6.2.4.).

6.4.3. Schliesslich sei doch darauf hingewiesen, dass sich die Klägerin nicht ohne weiteres auf die Angaben F._____s hat verlassen dürfen. F._____ hat das Fahrzeug binnen weniger Tage wieder abgestossen. Nicht ohne weiteres ausschliessen lässt sich mithin, dass er das Fahrzeug als "heisse Ware" einstufte und daher schnellstmöglich wieder aus dem Hause haben wollte.

6.5. Kaufpreis als besonderer Umstand?

6.5.1. Ein Umstand, der zu besonderer Aufmerksamkeit Anlass geben kann, ist der zu bezahlende Kaufpreis, nämlich dann, wenn er als tief oder gar zu tief eingestuft werden muss. Fest steht, dass die Klägerin dem F._____ für das Fahrzeug, bei einem Kilometerstand von 11'000 einen Betrag von CHF 48'000.00 bezahlen musste (vgl. act. 3/1). Für dieses Fahrzeug hatte die Beklagte am 21. Juli 2011 der "M._____ AG", wie oben ausgeführt (E. 6.2.1.) bei einem Kilometerstand von 8'500 immerhin noch CHF 73'230.00 zu bezahlen.

6.5.2. In diesem Zusammenhang wirft die Beklagte der Klägerin vor, sie habe sich mit F._____ auf ein Geschäft mit einem "auffällig tiefen Kaufpreis" eingelassen (act. 11 S. 8). Der Kaufpreis sei "viel zu tief" bzw. "auffällig tief" gewesen (act. 56 S. 2 und 7 f., 14). Es sei ein Preis gewesen, der nicht als "marktkonform" bezeichnet werden könne (act. 56 S. 5). Gemäss dem von ihr eingereichten Privatgutachten (act. 12/3) wäre ein Preis von CHF 65'000.00 angemessen gewesen (act. 56 S. 6). Die Klägerin räumt zwar ein, dass der von ihr mit F._____ ausgehandelte Kaufpreis "*sicher günstig*" gewesen sei, bestreitet aber, dass er so tief gewesen sei, dass sie darob hätte "stutzig" werden müssen (act. 1 S. 7). Der von ihr bezahlte Preise sei vielmehr "absolut marktkonform" gewesen (act. 30 S. 11 und 13).

6.5.3. Die Frage, ob der von der Klägerin und F._____ vereinbarte Kaufpreis den Marktverhältnissen entsprochen habe oder nicht, ist eine Tatfrage, über die gegebenenfalls nach einem Beweisverfahren zu entscheiden ist. Gemäss Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4 mit Hinweisen). Im Sinne dieser Rechtsprechung sind daher sorgfältige Beweisanträge die Basis jeden Beweisverfahrens. Zu prüfen ist nun die Frage, welche Beweismittel von den Parteien in diesem Sinne prozessrechtskonform zur Marktkonformität des zwischen der Klägerin und F._____ vereinbarten Kaufpreises angeboten worden sind. Da der gute Glaube der Klägerin, wie erörtert, zu vermuten ist, ist es zunächst Sache der gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast tragenden Beklagten Beweismittel zu nennen.

6.5.4. Die Beklagte beruft sich in diesem Zusammenhang einerseits auf das von ihr eingereichte Privatgutachten der "I._____ GmbH" vom 16. September 2011 (act. 12/3) sowie auf ihre Mitarbeiter Dr. N._____ und O._____ als Zeugen (act. 11 S. 20 Rz 30). Ferner beruft sie sich auf einen Mitarbeiter der "I._____ GmbH",

P._____, als Zeugen (act. 56 S. 7 f. Rz 10). Weitere einschlägige und den zu beweisenden Tatsachen zuzuordnende Beweisanträge nennt die Beklagte nicht; sie ergeben sich auch nicht aus ihren Beweismittelverzeichnissen (Anhänge zu act. 11 und 56). Namentlich wird seitens der Beklagten *kein Antrag auf Abnahme eines Gutachtens im Sinne von Art. 183 ZPO* gestellt. Demgegenüber beruft sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auf drei *Zeugen* (act. 30 S. 13 Rz 14): Q._____, "Sachverständiger Detailhandel und Eurotax", R._____, "Sachverständiger für B._____ *Occasionspreise*" und S._____, "Sachverständiger für Auto Occasionspreise". Auch die Beweismittelverzeichnisse der Klägerin führen nicht weiter (vgl. act. 7 und bei act. 31/1). So wie die Beklagte verlangt auch die Klägerin in diesem Zusammenhang kein gerichtliches Gutachten, wiewohl sie in anderem Zusammenhang, nämlich bezüglich der Frage des Wertverlusts des ausser Betrieb gestellten Fahrzeuges, ausdrücklich ein gerichtliches Gutachten verlangt (act. 1 S. 9).

Die von den Parteien (namentlich von der beweisbelasteten Beklagten) gestellten Beweisanträge erweisen sich nicht als zielführend. Sie ermöglichen aus den folgenden Gründen die Eröffnung eines Beweisverfahrens nicht:

6.5.4.1. Die Beklagte beruft sich zunächst auf das von ihr zu den Akten gegebene Privatgutachten. Der Gesetzgeber hat bewusst auf das noch im Vorentwurf zur ZPO vorgesehen gewesene Beweismittel des Privatgutachtens verzichtet. Nach der Konzeption des Gesetzes haben Privatgutachten somit die Bedeutung blosser Parteibehauptungen (Hafner, in Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 168 ZPO; Müller, in DIKE-Kommentar, N. 2 zu Art. 168, N. 23 zu Art. 183 und N. 14 zu Art. 187 ZPO; Botschaft zur ZPO, S. 7325; so auch BGE 132 III 83 E. 3.5). Der Beklagten kann es mithin nicht helfen, sich auf das von ihr veranlasste und zu den Akten gegebene Privatgutachten zu berufen.

6.5.4.2. Aufgabe eines Gutachters ist es, gestützt auf eigenes Fachwissen Tatsachen festzustellen, dem Gericht wissenschaftliche Erfahrungssätze zu vermitteln oder Tatsachen auf Grund solcher Erfahrungssätze zu beurteilen (Müller, in DIKE-Kommentar, N. 8 zu Art. 183 ZPO). Demgegenüber kann Zeugnis ablegen, wer Aussagen über streitige Tatsachen machen kann, die er mit

seinen eigenen Sinnen *"unmittelbar wahrgenommen"* hat (Art. 169 ZPO; Müller, DIKE-Kommentar, N. 11 und 12 zu Art. 169 ZPO). Während beim Zeugen mithin, der Umstand der eigenen unmittelbaren Wahrnehmung von Belang ist, ist es beim Gutachter der Sachverstand und seine Unabhängigkeit von den Parteien (Art. 183 Abs. 1 und 2; Müller, in DIKE-Kommentar, N. 12 zu Art. 183 ZPO). Der Sachverständige greift auf allgemein vorhandenes Fachwissen zurück und kann daher beliebig durch einen andern Sachverständigen ausgetauscht werden, hat aber, wie ein Richter, unbefangen zu sein und Ausstandsgründe zu beachten. Im Gegensatz dazu berichtet der Zeuge über seine eigene unmittelbaren Wahrnehmungen. Damit ist der Zeuge nicht austauschbar. Seine Befangenheit spricht nicht gegen die Beweisabnahme, sondern kann bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Demzufolge werden Zeugen von den Parteien benannt; der Gutachter wird aber vom Gericht ernannt (vgl. dazu Müller, in DIKE-Kommentar, N. 4 zu Art. 175 ZPO).

Die sich hier stellende Beweisfrage, – nämlich die Frage, ob die Klägerin mit F. _____ einen Kaufpreis vereinbarte, der ausserhalb des Rahmens lag, der noch als marktkonform zu beurteilen ist, – wäre einzig durch das Beweismittel des Gutachtens und nicht durch jenes des Zeugnisses zu ermitteln: Wenn der Marktwert des in Frage stehenden Fahrzeuges hier streitig und daher im Rahmen des Beweisverfahrens zu erheben ist, dann kommt es auf Umstände an, die allgemeingültig und nicht von den Wahrnehmungen bestimmter Personen abhängig sind. Gefragt wäre mithin hier der Gutachtensbeweis und nicht der Zeugenbeweis. Wie erwähnt, verlangt aber keine der Parteien ein gerichtliches Gutachten. In Prozessen, die – wie der vorliegende – vom Verhandlungsgrundsatz (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO) beherrscht sind, besteht sodann kein Anlass, eine Begutachtung ohne Parteiantrag von Amtes wegen anzuordnen (Weibel, in: Sutter-Somm, N. 8 zu Art. 183 ZPO; Müller, in DIKE-Kommentar, N. 5 zu Art. 183 ZPO).

Den Parteien hilft auch nichts, dass das Gesetz das Zeugnis einer sachverständigen Person vorsieht. Art. 175 ZPO bestimmt nämlich, dass das Gericht einem sachverständigen Zeugen *"auch Fragen zur Würdigung des*

Sachverhalts stellen" *"kann"*. Das setzt zunächst voraus, dass es überhaupt einen Gegenstand für den Zeugenbeweis gibt und dass der Beweisantrag nicht, wie hier, darauf abzielt, den Gutachtensbeweis durch eine Befragung nach Art. 175 ZPO zu ersetzen. Einem sachverständigen Zeugen, der ohnehin über seine eigenen Wahrnehmungen zu befragen ist, können im Sinne von Art. 175 ZPO in *einfachen und wenig komplexen Fällen* auch Fragen zur Würdigung des Sachverhaltes gestellt werden. In kontroversen Fällen vermögen Darlegungen sachverständiger Zeugen ein Gutachten nicht zu ersetzen, sondern erlauben bestenfalls "erste Schlussfolgerungen" (Weibel/Naegeli, in: Sutter-Somm, N. 8 zu Art. 175 ZPO; Müller, in DIKE-Kommentar. N. 7-11 zu Art. 175 ZPO; Botschaft zur ZPO, S. 7322). Unter diesen Umständen kann der Beweis auch nicht durch Befragungen im Sinne von Art. 175 ZPO erhoben werden.

6.5.5. Damit steht fest, dass mangels tauglicher Beweisanträge der Parteien, die Frage, ob der zwischen der Klägerin und F. _____ vereinbarte Kaufpreis marktgerecht war oder nicht, nicht in einem Beweisverfahren abgeklärt werden kann. Allerdings ist ungeachtet dessen vom Zugeständnis der Klägerin auszugehen, dass dieser Kaufpreis *"sicher günstig"* war (act. 1 S. 7). Dabei musste sie sich im Klaren darüber sein, dass F. _____, der, wie sie, im Occasionshandel tätig ist und das Fahrzeug nur wenige Tage zuvor, am 4. August 2011 von H. _____ erworben hatte, das Geschäft mit der Klägerin nicht getätigt haben dürfte, ohne seinerseits einen Gewinn zu erzielen. Für die Klägerin musste daher festgestanden haben, dass sie dem F. _____ trotz des "sicher günstigen" Preises mehr bezahlen musste, als dieser zuvor dem H. _____ zu zahlen hatte. Nach dem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten, dem, wie dargelegt, lediglich die Bedeutung einer blossen Parteibehauptung zukommt, löste H. _____ von F. _____ den Betrag von CHF 45'000.00 (vgl. act. 12/3 S. 3).

6.6. Schnelles Abstossen des Fahrzeuges durch H. _____ als besonderer Umstand?

Anlässlich des Erwerbs des Fahrzeuges am 9. August 2011 hat die Klägerin von F. _____ den Originalfahrzeugausweis erhalten (act. 1 S. 5f.). Eine praktisch unlesbare Kopie dieses Fahrzeugausweises legte die Klägerin mit act. 3/3 zu den

Akten. Auf Verlangen des Gerichts (act. 19) legte sie alsdann eine leserliche Kopie vor (act. 24 mit Hinweis auf act. 25/12). Auf Grund dieses von der Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein ausgestellten Fahrzeugausweises steht fest, dass das Fahrzeug am 6. Januar 2011 im Kanton Graubünden erstmals in Verkehr gesetzt wurde (vgl. Fahrzeugausweis act. 25/12, letzte Zeile rechts unten). Auf H._____ wurde der Fahrzeugausweis von der zuständigen liechtensteinischen Behörde am 22. Juli 2011 ausgestellt. Auf Grund dieses Ausweises war für die Klägerin leicht erkennbar, dass H._____ am 22. Juli 2011 neuer Halter des Fahrzeuges geworden war und dass es am 9. August 2011 innerhalb von nur 18 Tagen zum dritten Halter- bzw. Eigentümerwechsel kam (zuerst Beklagte/H._____; dann H._____/F._____; schliesslich F._____/Klägerin). Heute ist bekannt, dass H._____ das Fahrzeug bereits am 4. August 2013 an F._____ verkauft hatte, d.h. 13 Tage nachdem die Beklagte ihm als Leasinggeberin den unselbständigen Besitz an der Sache verschafft hatte. Das sind Vorgänge, die bei einem Personenwagen mit einem Neuwert von über CHF 90'000.00, einem Kilometer stand von 11'000 km und der ersten Inverkehrsetzung am 6. Januar 2011 zu Fragen Anlass geben müssen. Es liegen mithin unter diesem Gesichtspunkt Umstände vor, die aus der Sicht der Klägerin im Sinne der Rechtsprechung Anlass zu Misstrauen hätten geben müssen (vgl. oben E. 6.3.).

6.7. Fehlender "Code 178" im Fahrzeugausweis als Entlastungsgrund?

6.7.1. Gemäss Art. 80 Abs. 4 VZV kann derjenige, der sein Fahrzeug häufig oder dauernd Dritten überlässt, im Fahrzeugausweis den Eintrag vornehmen lassen, dass ein Halterwechsel ohne Zustimmung des Eigentümers bzw. der von ihm bezeichneten Person verboten ist. Das Fürstentum Liechtenstein hat für seinen Herrschaftsbereich die schweizerische Vorschrift von Art. 80 Abs. 4 VZV mit Art. 69 Abs. 4 der liechtensteinischen Verkehrszulassungsverordnung übernommen. In beiden Staaten wird diese Beschränkung des Halterwechsels mit dem sogenannten "Code 178" in den Fahrzeugausweis eingetragen.

6.7.2. Unbestritten ist, dass der im Fahrzeugausweis des hier interessierenden Fahrzeuges am 22. Juli 2011 eingetragene Halter H._____ die zuständige

liechtensteinische Behörde durch betrügerische Machenschaften dazu veranlasste, einen Fahrzeugausweis ohne "Code 178" auszustellen, wiewohl ein solcher zu Gunsten der Klägerin hätte eingetragen sein müssen (act. 1 S. 5, act. 11 S. 9 f.). Der nach dem Kauf von der Klägerin der liechtensteinischen Behörde eingesandte Fahrzeugausweis wurde von dieser zurückbehalten. In der Folge stellte die Behörde am 3. August 2011 auf Verlangen der Beklagten ein Duplikat des Fahrzeugausweises mit dem Vermerk "178 Halterwechsel verboten" aus (act. 12/2). Sie hält an dem zu Gunsten der Beklagten eingetragenen Vermerk fest, bis die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Parteien geklärt sind (act. 3/6), was im vorliegenden Prozess geschehen soll.

6.7.3. Die Klägerin meint nun, sie habe sich darauf verlassen dürfen, dass der Fahrzeugausweis "einwandfrei" gewesen sei, weil dort kein "Code 178" vermerkt gewesen sei. Das ist unrichtig. In einem Entscheid vom 11. Juni 2008 (BGer 5A_183/2008, E. 4) legte das Bundesgericht dar, dass dann, wenn den im Occasionshandel geltenden Anforderungen an die Aufmerksamkeit nicht genügt werde, der Umstand, dass der "Code 178" fehle, nicht helfe, denn der Eintrag dieses Codes sei freiwillig. Das Fehlen dieses Codes allein befreie den Occasionshändler bei gegebenen Verdachtsmomenten daher nicht von weiteren Massnahmen. Von dieser Rechtsprechung ist auch hier auszugehen.

6.8. Zusammenfassende Würdigung

6.8.1. Die Frage, ob die Klägerin vor der Übernahme des Fahrzeuges besondere Abklärungen hätte vornehmen müssen, ist, wie erörtert auf Grund der gegebenen Umstände nach Ermessen zu entscheiden, mithin nach "Recht und Billigkeit". Im Sinne des Gesagten schlägt zu Lasten der Klägerin zu Buche, dass sie in einem höchst sensiblen Gewerbe tätig ist und über hohe Branchenvertrautheit verfügt. Das Verhalten der Klägerin muss daher mit einer gewissen Strenge beurteilt werden. Dazu kommt, dass es hier um den Ankauf eines Fahrzeuges der oberen Mittelklasse ging, das doch einen hohen Attraktivitätswert aufweist (vgl. oben E. 6.2.). Auf die von der Klägerin geltend gemachten Abklärungen F.____s kann sie sich nicht berufen, weil sie sich erst, nachdem sich die Schwierigkeiten mit dem fraglichen Fahrzeug realisiert hatten, bei F.____ kundig machte. Dazu kommt,

dass Abklärungen am 9. August 2011 weniger mit einem Missverständnis hätten behaftet sein können, als jene F. _____s am 4. August 2011 (vgl. oben E. 6.4, insbesondere 6.4.2.). Was den Kaufpreis anbelangt, den die Klägerin dem F. _____ zu zahlen hatte, kann nicht gesagt werden, dass er ausserhalb dessen lag, was marktkonform war. Allerdings war er "sicher günstig", wie die Klägerin selber einräumt (vgl. oben E. 6.5.). Erst recht günstig dürfte der Preis aus der damaligen Sicht der Klägerin gewesen sein, den F. _____ wenige Tage vorher für das selbe Fahrzeug dem unredlich handelnden H. _____ zu bezahlen hatte. Angesichts der deutlichen Verdachtsmomente, nützt der Klägerin auch der Umstand nichts, dass im Fahrzeugausweis der "Code 178" fehlte (vgl. oben E. 6.7.). Entscheidend ist der Umstand, dass der Klägerin auf Grund der ihr übergebenen Dokumente klar war, dass H. _____ das Fahrzeug nach dem Erwerb am 22. Juli 2011 zu einem "sicher günstigen" Preis ungewöhnlich schnell wieder abstiess (vgl. oben E. 6.6.). Auch der Autohändler F. _____ stiess das Fahrzeug sehr schnell wieder ab, was doch so gedeutet werden kann, dass ihm bei der Sache nicht wohl war (vgl. oben 6.4.3.). Insgesamt erweisen sich die Verdachtsgründe als doch so erheblich, dass die Klägerin das Fahrzeug nicht hätte übernehmen dürfen, ohne zuvor seiner Geschichte in den letzten drei Wochen vor der Übernahme nachgegangen zu sein. Jedenfalls lagen im Sinne der Rechtsprechung Umstände vor, die der Klägerin Anlass zu Misstrauen hätten geben müssen. Die notwendigen Abklärungen bei der Motorfahrzeugkontrolle und dem Halter vor H. _____ hätten voraussichtlich die wahren Umstände – nämlich dass H. _____ nicht verfügungsberechtigt war – zu Tage gefördert (vgl. dazu die E-Mail der "M. _____ AG" an die Motorfahrzeugkontrolle des Fürstentums Liechtenstein vom 3. August 2011, act. 57/1). Auf das hypothetische Ergebnis der notwendigen Nachforschungen kann es allerdings ohnehin nicht ankommen, weil es durchaus sein kann, dass derartige Nachforschungen die bestehenden Bedenken gerade nicht erhärtet hätten. Die Klägerin hätte sich dann auf das Ergebnis solcher Abklärungen verlassen dürfen, selbst wenn sie objektiv falsch gewesen wären. Hätten sich ihre Bedenken auf Grund getroffener Abklärungsmassnahmen zerstreut und auch zerstreuen dürfen, so wäre ihr guter Glaube zu schützen, da sie alle gebotene Sorgfalt zur Abklärung der bestehenden

Bedenken aufgewendet hätte (zur Publikation bestimmter Entscheid BGer 5A_372/2012 vom 18. April 2013, E. 5.4.3). Das hat sie indessen nicht getan, weshalb sie als bösgläubig zu gelten hat. Da die Klägerin vor dem Kauf des Fahrzeuges überhaupt keine Abklärungen traf, kann sie angesichts der bestehenden Verdachtsmomente in ihrem guten Glauben nicht geschützt werden. Ihre Erkundigungen bei F._____ waren aus zwei Gründen untauglich: Einerseits erfolgten sie erst, nachdem der Kauf längst abgewickelt war und die Schwierigkeiten zu Tage getreten waren. Und andererseits hätten die Erkundigungen bei F._____ alleine nicht genügt, denn dieser hatte seinerseits ein Interesse daran, das Fahrzeug möglichst schnell abzustossen.

6.8.2. Unter diesen Umständen ist von der Bösgläubigkeit der Klägerin auszugehen. Damit steht aber fest, dass das Fahrzeug gemäss Art. 936 Abs. 1 ZGB nicht der Klägerin, sondern der Beklagten zusteht. Das führt zur Abweisung der von der Klägerin dem Gericht vorgelegten Feststellungsklage.

7. Rechtsbegehren Ziff. 3 der Hauptklage

7.1. Mit dem Rechtsbegehren Ziff. 3 der Hauptklage verlangt die Klägerin von der Beklagten einstweilen die Erstattung eines Betrages von CHF 10'000.00, behält sich aber vor, das Rechtsbegehren nach durchgeführtem Beweisverfahren im Sinne von Art. 85 ZPO zu "berichtigen" (recte: "beziffern").

7.2. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadenersatz, weil das hier interessierende Fahrzeug seit dem 8. August 2011 nicht verkauft werden könne. Den Wertverlust beziffert sie seit dem August 2011 einstweilen auf CHF 5'000.00; Ferner verlangt sie die Erstattung vorprozessualer Anwaltskosten von CHF 1'701.95 und CHF 3'483.00 (act. 1 S. 9 f.). In rechtlicher Hinsicht führt die Klägerin aus, dass die Beklagte den Schaden verursacht habe, weil sie an ihrem Eigentumsanspruch am Fahrzeug festgehalten habe (act. 1 S. 13).

7.3. Oben (E. 6) wurde dargelegt, dass das Fahrzeug nach den Besitzregeln der Beklagten zusteht, diese mithin ein besseres Recht auf das Fahrzeug hat als die Klägerin. Unter diesen Umständen lässt sich die These der Klägerin nicht

halten, dass die Beklagte für den Schaden aufzukommen habe, der dadurch verursacht wurde, dass sie nicht dabei mitgewirkt habe, dass die Motorfahrzeugkontrolle den "Code 178" im Fahrzeugausweis löschte. Dieser "Code 178" ist vielmehr ein Spiegelbild des besseren Rechtes der Beklagten. Das führt auch zur Abweisung des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Hauptklage.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Die Klägerin beziffert den Streitwert auf "mindestens CHF 58'000.00", umfassend den Einkaufspreis und den geltend gemachten Schaden (act. 1 S. 11). Demgegenüber bemisst die Beklagte den Streitwert ihrer Widerklage auf CHF 60'000.00 (act. 11 S. 38).

8.2. Das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Hauptklage und die Widerklage beschlagen den gleichen Streitgegenstand mit umgekehrtem Vorzeichen. Sie schliessen sich gegenseitig aus. Ihr Wert ist daher für die Bestimmung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht zu addieren. Indessen rechtfertigt es sich, im Sinne von Art. 91 Abs. 2 ZPO den Streitwert der Feststellungsklage auf CHF 60'000.00 festzusetzen.

Dem Rechtsbegehren Ziff. 2 der Hauptklage ist ein Streitwert von CHF 10'000.00 beizumessen und dem Rechtsbegehren Ziff. 3 der Hauptklage ebenfalls ein Streitwert von CHF 10'000.00. Mithin ist ein Streitwert von CHF 80'000.00 anzunehmen.

8.3. Bezüglich ihrer Feststellungsklage unterliegen beide Parteien, was sich ausgleicht. Und bezüglich der Rechtsgehren Ziff. 2 und 3 der Hauptklage unterliegt die Klägerin. Insgesamt unterliegt die Klägerin zu $\frac{5}{8}$ und die Beklagte zu $\frac{3}{8}$. Entsprechend haben die Parteien die Gerichtskosten zu tragen. Ferner schuldet die Klägerin der Beklagten eine auf $\frac{1}{4}$ zu reduzierende Prozessentschädigung. Zu berücksichtigen sind auch die Bemühungen der Parteien mit dem von der Klägerin gegen C. _____ gestellten Ausstandsbegehren.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 der Hauptklage wird nicht eingetreten.
2. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Gericht erkennt:

1. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3 der Hauptklage werden abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.00.
3. Die Kosten werden zu $\frac{5}{8}$ der Klägerin und Widerbeklagten und zu $\frac{3}{8}$ der Beklagten und Widerklägerin auferlegt und aus den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
4. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 3'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Der Streitwert beträgt CHF 80'000.00.

Zürich, 23. Oktober 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. P. Helm

lic. iur. M. Henn